

VI. ASPECTOS LABORALES DE LA LEY DE DEPENDENCIA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

Profesora Ayudante

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

La atención de las necesidades de las personas en situación de dependencia se ha convertido en uno de los grandes retos de la política social, dado que la demanda de cuidados se ha venido incrementando de forma notable en los últimos años y va a seguir aumentando a un fuerte ritmo durante las próximas décadas, como consecuencia de una combinación de factores demográficos y sociales¹. En efecto, los cambios demográficos están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia y, al tiempo, una reducción de los potenciales cuidadores que pueden asumir su atención: La población de más de 65 años se ha duplicado en los últimos cuarenta años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7%) a más de 7,7 millones en 2010, lo que representa un 16,8% de la población total²; porcentaje que, según las proyecciones de población realizadas por el Instituto Nacional de Estadística alcanzará el 31,94% en el año 2049. A ello hay que añadir, por un lado, el fenómeno demográfico denominado «envejecimiento del envejecimiento», es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años que se ha duplicado en sólo veinte años (los transcurridos entre 1970 y 1990)

¹ Libro Blanco de la Dependencia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 26.

² Datos obtenidos del INE: Estimaciones de la población actual en España, a enero de 2010.

y, por otro, el incremento de la tasa de supervivencia de las personas afectadas por alteraciones congénitas, enfermedades o accidentes graves. Por su parte, la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999 cifró en 3.528.221 el número de personas con alguna discapacidad o con limitaciones que le pueden causar discapacidades, lo que, expresado en términos relativos, viene a representar un 9% de la población española.

Este crecimiento de la demanda de cuidados coincide en el tiempo con la crisis de los sistemas de apoyo informal que tradicionalmente han venido dando respuesta a esta necesidad; una crisis motivada por los cambios en el modelo de familia y por la creciente incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo. La baja tasa de natalidad, como consecuencia del retardo en la edad de contraer matrimonio (34,51 años los varones y 31,46 años las mujeres³) o de constituir una pareja de hecho, y de la postergación de la maternidad (30,83 años), está produciendo una reducción del número de potenciales cuidadores. El número de hijos por mujer (1,46) se sitúa por debajo del umbral necesario para la reposición demográfica, lo que empieza a provocar la inversión de una pirámide de población que comienza a perder su base.

Por otro lado, se ha producido en las últimas décadas una drástica y vertiginosa transformación del entorno familiar: a) La revolución industrial y el éxodo rural ha producido el desvanecimiento de la familia extensa (caracterizada por la convivencia en el hogar de varias generaciones y por un número alto de hijos) y la aparición de la familia nuclear; b) la familia, como institución permanente se desdibuja, debido al aumento de las separaciones y los divorcios, de un lado, y de las segundas nupcias, de otro; c) la creciente movilidad geográfica de los distintos miembros de la familia distancia a los familiares directos y debilita las redes de solidaridad familiar; d) el tamaño —cada vez más reducido— de las viviendas no favorece la convivencia de muchos miembros de la familia en un mismo hogar; e) y la actual posición social de la mujer como consecuencia, fundamentalmente, de su incorporación al mercado laboral ha modificado su papel dentro de la familia. Todas estas circunstancias están debilitando la capacidad del apoyo informal para atender las necesidades de las personas en situación de dependencia y está determinado su modo de vida. No cabe duda de que resulta sintomático el que cerca de un 22% de las personas mayores de 65 años estén viviendo solas.

³ Datos obtenidos del INE: Indicadores demográficos básicos, año 2008.

Es cierto que nuestro Ordenamiento no había permanecido al margen de esta situación de necesidad. Como bien señala la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, el sistema de Seguridad Social ha venido asumiendo algunos elementos de atención, tanto en la asistencia a personas mayores como en situaciones vinculadas a la discapacidad: gran invalidez, complementos de ayuda a tercera persona en la pensión no contributiva de invalidez y de la prestación familiar por hijo a cargo con discapacidad. El problema era que la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social presentaba disfunciones importantes⁴: La prestación por incapacidad permanente tiene una dimensión eminentemente laboral y, para su reconocimiento, lo que valora es la repercusión de las secuelas derivadas de una enfermedad o de un accidente, en la capacidad de trabajo. Por otro lado, la cuantía del complemento por gran invalidez –cuya finalidad, como sabemos, es posibilitar que el gran inválido pueda remunerar a la persona que le atiende (STS 15-03-1990, RJ 2087⁵)– no se calcula en función del grado o nivel de dependencia, sino que toma en consideración otros parámetros, como las bases por las que cotizó el beneficiario cuando se encontraba en activo.

Por lo que respecta al complemento por necesidad de concurso de tercera persona en la invalidez no contributiva, las disfunciones derivan del bajo nivel de rentas que condiciona el acceso a la prestación (umbral de pobreza) –que deja fuera de cobertura a amplias capas de clases medias que superan el límite de rentas requerido, pero no alcanzan el necesario para cubrir el coste de los cuidados– y de la insuficiencia de su cuantía⁶.

Pero lo más preocupante es que la LGSS impide a los mayores de 65 años el acceso a las pensiones de gran invalidez (art. 138.1 LGSS) e invalidez no contributiva (art. 144.1 LGSS), de manera que si el hecho causante sobreviniera con posterioridad al cumplimiento de dicha edad, el beneficiario únicamente podría lucrar la pensión de jubilación, negándosele por tanto el derecho al complemento de gran invalidez o al

⁴ *In extenso*: GONZÁLEZ DE PATTO, R. M. Protección de la dependencia en el sistema de Seguridad Social. Carencias funcionales y problemas de interacción con las nuevas prestaciones del sistema de autonomía y atención a la dependencia. *Actualidad Laboral*, 2007, vol. II, pp. 1682 a 1696.

⁵ Y más recientemente, la STS 3-10-2007, Rº 3386/2006.

⁶ GONZÁLEZ DE PATTO, R. M. Protección de la dependencia en el sistema de Seguridad Social... ob. cit., p. 1687.

de concurso de tercera persona⁷. Es más, es que lucrada la pensión de incapacidad permanente, el cumplimiento de los 65 años conlleva la recalificación nominal de la prestación a favor de la pensión de jubilación, sin que quepa la revisión del grado de incapacidad a partir de entonces (art. 143 LGSS, apartados 2º y 4º).

También los arts. 181 y ss. LGSS han protegido frente a la dependencia de un hijo, pues prevén, para quienes residan en territorio español y carezcan de un mínimo de ingresos, una asignación económica por hijo minusválido a cargo mayor de 18 años cuya cuantía varía en función del grado de minusvalía reconocido. Las disfunciones, en tal caso, derivan de su insuficiente cuantía y de la necesidad –para su devengo– de que exista convivencia y dependencia económica.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos⁸ (en adelante, LISMI) igualmente contribuyó a la tutela del dependiente, estableciendo un subsidio por ayuda de tercera persona para los “minusválidos” que, por pérdidas anatómicas o funcionales, necesitaran la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida [arts. 12.2.c), 16 y 17].

Pero la concurrencia de las distintas circunstancias expuestas, puso de manifiesto la urgente necesidad de abordar la dependencia como un nuevo riesgo social. La Ley 39/2006 ha supuesto un importante paso en la modernización de nuestro sistema de protección social, mediante la creación de un sistema para la autonomía y atención a la dependencia, al margen de la Seguridad Social, a través del cual se reconoce a las personas en situación de dependencia la posibilidad de acceder a un abanico de prestaciones personalizadas de naturaleza técnica o económica; un carácter personalizado que se refleja en el programa individual de atención (conocido normalmente como PIA), en el que se concretan las modalidades de intervención más adecuadas a la persona en situación de dependencia de entre los servicios y prestaciones económicas previstos por el legislador para su grado y nivel, previa consulta de los beneficiarios y de sus familias.

⁷ Como excepción a esta regla, sólo se reconocería la pensión de gran invalidez si la situación de necesidad derivara de una contingencia profesional o si, en la fecha del hecho causante, el beneficiario no cumpliese los requisitos para lucrar la pensión de jubilación (art. 138.1 LGSS).

⁸ BOE 30-4-1982, nº 103.

En los apartados 3, 4 y 5 del art. 14 Ley 39/2006, se relacionan las distintas prestaciones económicas que puede recibir una persona en situación de dependencia; prestaciones que se regulan con posterioridad en los arts. 17, 18 y 19: en el art. 17, la prestación económica vinculada al servicio; en el art. 18, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar; y en el art. 19, la prestación económica de asistencia personal. Por su parte, el art. 15 recoge el catálogo de servicios del sistema, incluyendo los de prevención, teleasistencia, ayuda a domicilio, centro de día y de noche y atención residencial.

El propósito de este trabajo es analizar, a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad –ratificada por España en diciembre de 2007–, las medidas laborales de la Ley 39/2006 y de sus normas de desarrollo. Concretamente, se abordará la obligación que se impone a los centros privados de cumplir la cuota de reserva de personas con discapacidad, cuando aspiren, por vía de concierto con la Administración, a integrarse en la red de servicios de atención a la dependencia. En segundo lugar, se analizará la asimilación del cuidador informal, familiar o no profesional a trabajador asalariado, en orden a su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RGSS). Y, por último, se estudiará la contratación del asistente personal, como mecanismo de integración en la sociedad de la persona en situación de dependencia.

2. MEDIDAS LABORALES DE LA LEY DE DEPENDENCIA

2.1. Fomento del empleo de las personas con discapacidad

De conformidad con lo previsto en la DA 14ª Ley 39/2006, que obedece a la rúbrica «fomento del empleo de las personas con discapacidad», las entidades privadas que aspiren a gestionar por vía de concierto prestaciones o servicios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia deberán acreditar con carácter previo, en el caso de que vinieran obligadas a ello, el cumplimiento de la cuota de reserva para personas con discapacidad o, en su defecto, las medidas de carácter excepcional establecidas en el art. 38 LISMI y reguladas en el RD 364/2005⁹.

⁹ RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo de la cuota de reserva (BOE 20-05-2005, n° 94).

Ciertamente, una de las medidas de integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo es la obligación, impuesta a determinadas empresas, de reservar un concreto número de puestos de trabajo a este grupo merecedor de protección. Este deber constituye una importante limitación de la libertad de contratación del empresario —como manifestación de la libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE— que se justifica por la situación de desventaja en la que se encuentra este colectivo en el acceso al mercado laboral.

De acuerdo a lo previsto en el art. 38 LISMI¹⁰, las empresas públicas y privadas que tengan a 50 o más trabajadores en plantilla están obligadas a que, de entre ellos, al menos el 2% sean trabajadores con discapacidad. El cómputo de trabajadores se llevará a cabo sobre la plantilla total de la empresa, con independencia del número de centros de trabajo y cualquiera que sea la forma de contratación que vincule a los trabajadores con la misma (ya sean indefinidos o temporales, a jornada completa o a tiempo parcial) y siguiendo las reglas de cómputo establecidas por la DA 1ª RD 364/2005¹¹. El incumplimiento de esta obligación legal constituye una infracción de carácter grave (art. 15.3 LISOS), sancionable con multa de 626 a 6.250 € [art. 40.1.b) LISOS].

No obstante lo anterior, el cumplimiento de la cuota de reserva puede eludirse de forma excepcional recurriendo al establecimiento de las medidas alternativas fijadas reglamentariamente. Dichas medidas, aun cuando eximen —o dulcifican— el cumplimiento de esta obligación, promueven igualmente el empleo de las personas con discapacidad, bien de forma directa (mediante la contratación de profesionales autónomos o la externalización de un servicio que se encomienda a un centro especial de empleo), bien indirectamente (patrocinando acciones de inserción laboral). El RD 364/2005 concreta los supuestos en los que se entiende que concurre la nota de excepcionalidad que habilita a la empresa para acudir a una medida alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva. Los supuestos son dos: a) cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber realizado todas las gestio-

¹⁰ Tras las modificaciones introducidas por la DA 11ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre y por la DA 17ª de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

¹¹ NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad*, Escuela Libre, Madrid, 2000, p. 247.

nes de intermediación necesarias; y b) cuando existan razones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que justifique la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la empresa.

Las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva se encuentran previstas en el art. 2 RD 364/2005 y son las siguientes:

1.- La celebración de un contrato, de naturaleza mercantil o civil, con un centro especial de empleo, cuyo objeto puede ser cualquiera de los que se indican a continuación: El suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad empresarial y la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa;

2.- La celebración de un contrato, de naturaleza mercantil o civil, con un profesional autónomo con discapacidad al objeto de que preste a la empresa los mismos servicios que los indicados en el párrafo anterior;

3.- La realización de donaciones y acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad; y

4.- La constitución de un enclave laboral, conforme a lo establecido en el RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

Por su parte, la OM 17-12-2001¹² exige que los pliegos de condiciones administrativas particulares incorporen una cláusula relativa a los criterios de adjudicación de contratos, conforme a la cual, en caso de igualdad entre dos o más empresas licitadoras, tendrá preferencia la empresa que tenga en su plantilla a un número de trabajadores “minusválidos” no inferior al 2%. Se establece así un criterio de preferencia en la adjudicación de contratos a favor de aquellas empresas que, teniendo o no obligación de cumplir la cuota de reversa –pues, adviértase que el umbral de plantilla de la empresa es indiferente–, demuestren una especial sensibilidad hacia el colectivo de personas con discapacidad.

Como se aprecia de lo expuesto, la DA 14ª Ley 39/2006 da un paso más en el fomento de la contratación de este concreto colectivo, pues el

¹² OM 17-12-2001, por la que se aprueba la instrucción sobre el establecimiento de criterios de preferencia en la adjudicación de contratos sobre la base de la integración de las personas con discapacidad en las plantillas de las empresas licitadoras (BOE 5-1-2002, nº 5).

cumplimiento de la cuota de reserva —ya sea directamente o a través de las medidas alternativas establecidas por el legislador— no es un mero criterio de preferencia, sino un requisito sin el cual la empresa no puede resultar adjudicataria del servicio.

2.2. La asimilación del cuidador familiar a trabajador por cuenta ajena

2.2.1. Concepto y delimitación de los cuidados familiares

Los arts. 14.4 y 18 Ley 39/2006 regulan la prestación económica para cuidados en el entorno familiar. ¿Qué ha de entenderse por tales? La terminología utilizada por el legislador no es unívoca, pues en ocasiones se refiere a ellos como cuidados informales, en otras, como cuidados no profesionales o, finalmente, como cuidados familiares. El propio legislador los define como aquellos prestados a las personas en situación de dependencia “*en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada*” (art. 2.5 Ley 39/2006), por lo que se trata de trabajos en los que no media una relación de intercambio de retribución por cuidado, sino por causa altruista¹³ (afecto, gratuidad, sentido de la responsabilidad, etc.), y de ahí que se califiquen como no profesionales y que queden excluidos de la protección jurídico laboral [art. 1.3.d) ET] y de la jurídico mercantil (art. 1 ETA).

Esta prestación supone un paso importante en el reconocimiento de la esencial labor que la familia ha realizado durante siglos de atención y de cuidado a los niños, a los ancianos, a las personas con discapacidad; una labor que no ha sido ni reconocida, ni mucho menos recompensada, por una sociedad que ha identificado valor y precio¹⁴: el cuidado informal —en esencia desinteresado, gratuito— no vale porque no cuesta. Sin embargo, se trata de una tarea esencial que precisamente por ese carácter gratuito merece la tutela del ordenamiento jurídico.

En la actualidad, el perfil del cuidador informal es el de una mujer casada, de edad madura, que tiene un nivel bajo de estudios, no realiza

¹³ MOLINA NAVARRETE, C., “El régimen “cuasi-profesional” de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer”, CEF: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 297, p. 37.

¹⁴ *Idem*, p.37.

una actividad retribuida y convive con la persona en situación de dependencia, a la que presta cuidados de forma permanente. En efecto, las estadísticas ponen de manifiesto que el 83,6% de los cuidadores son mujeres y que cerca de un 60% tiene más de 50 años¹⁵, no tiene estudios o sólo estudios primarios y vive en el mismo domicilio que la persona en situación de dependencia. Un 76,2% de los cuidadores están casados y un 73% no realiza una actividad retribuida, por lo que dependen de las rentas de la persona atendida. En un 77% de los casos, el carácter de la ayuda es permanente y se prolonga por un período de seis años de media, a razón de diez horas de atención diaria.

De la definición legal de cuidados no profesionales, podemos decir que son tres los elementos que la integran: En primer lugar, la atención ha de ser prestada por un familiar de la persona en situación de dependencia o por alguien de su entorno (art. 2.5). Nada más clarifica la Ley 39/2006 al respecto. Ha sido la normativa de desarrollo la que ha concretado qué se entiende por familiar y en qué circunstancias puede ser un amigo o un vecino quien se encargue de la tarea de cuidado. De conformidad con lo previsto en el art. 1.1 RD 615/2009¹⁶, podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales: el cónyuge y los parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado de parentesco de la persona dependiente. Por acuerdo del Consejo Territorial de 4-2-2010¹⁷ se ha ampliado el círculo potenciales cuidadores informales, considerando situaciones asimiladas a la relación familiar, el cuidado prestado por la pareja de hecho o por el tutor o la persona designada, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento, asumiendo con ello las acertadas críticas realizadas por la doctrina¹⁸.

¹⁵ La edad media se sitúa en los 53 años de edad.

¹⁶ RD 615/2009, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (BOE 12-5-2007, nº 114).

¹⁷ Resolución de 4 de febrero de 2010 por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del sistema para la autonomía y atención a la dependencia (BOE 12-3-2010, nº 62).

¹⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., NAVAS-PAREJO ALONSO, M., "El cuidador informal, familiar o no profesional en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia". En: AA.VV. *El estatuto jurídico de las personas en situación de dependencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, p. 59. MOLERO MARAÑÓN, M. L., "El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores informales", *Relaciones Laborales*, 2009, vol. I, p. 539.

Excepcionalmente, las funciones de cuidado pueden ser asumidas por una persona del entorno del dependiente. Pero para que se reconozca esta posibilidad es necesario que concurran una serie de requisitos: por un lado, es necesario que esta persona resida en el mismo municipio o en uno vecino y que lo haya hecho durante el período previo de un año (art. 1.2 RD 615/2007¹⁹). Por otro, la persona en situación de dependencia ha de vivir en un entorno caracterizado por la insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, por la despoblación o por la concurrencia de circunstancias que impidan o dificulten otras modalidades de atención. El desarrollo reglamentario ha situado así el cuidado informal no familiar en una posición subordinada con respecto al cuidado familiar, pues aquél sólo será factible cuando, de las circunstancias concurrentes, se desprenda la imposibilidad de éste.

En segundo lugar, el cuidado no profesional ha de prestarse en el propio domicilio de la persona en situación de dependencia. De los arts. 2.5, 14.4 y 18 Ley 39/2006 no se desprende con claridad si es necesaria la convivencia entre el cuidador y la persona atendida. El acuerdo del Consejo Territorial de 4.2.2010 ha venido a clarificar esta cuestión, en el sentido de que la convivencia no es un requisito necesario, aunque sí es un dato positivo a la hora de valorar las condiciones de la prestación de cuidado, en la medida en que facilita una atención “*pronta y adecuada a la persona en situación de dependencia*” (acuerdo segundo.5 del Consejo). Partiendo de esta misma lógica, también se valora positivamente la proximidad entre el domicilio del cuidador y el de la persona dependiente.

El último elemento que integra el concepto de cuidado informal es su carácter no profesional, pues al tratarse de un servicio altruista prestado a título de parentesco, amistad o buena vecindad, no puede ser objeto de una relación contractual. El propio Consejo Territorial indica que la persona cuidadora no familiar no puede tener la consideración de empleado del hogar en el domicilio de la persona beneficiaria y la atención y cuidados no pueden desarrollarse en el marco de cualquier otra relación contractual, ya sea laboral o de otra índole (acuerdo segundo.6).

Antes de finalizar este apartado de delimitación de lo que se entiende por cuidado familiar y de quiénes pueden prestarlo, conviene clarificar si las tareas de cuidado pueden ser asumidas por varios familiares o sólo por uno. La Ley 39/2006 no es clara al respecto y la doctrina mantiene tesis

19 RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la seguridad social de los cuidadores en situación de dependencia (BOE 12-05-2007, nº 114).

dispare. Algunos autores consideran que la normativa contempla a un solo cuidador principal como destinatario final de la prestación económica²⁰, mientras que otros defienden que nada obsta para que existan varios cuidadores, siempre que tal situación haya sido reconocida por el órgano autonómico correspondiente²¹. El acuerdo del Consejo Territorial de 4-2-2010 parece dar respuesta a esta cuestión, pues aun cuando las funciones de cuidado puedan ser realizadas por varias personas, la concesión de la prestación económica para cuidados familiares exige la designación de un cuidador principal que es quien asume la responsabilidad del cuidado (acuerdo segundo 3). Ello no impide que existan varios cuidadores que se sucedan en el tiempo, de manera que cada vez adquiera uno de ellos la condición de cuidador principal.

2.2.2. *El carácter subordinado de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar*

Hasta ahora, han sido las familias y, en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas en situación de dependencia. Pero este modelo, como consecuencia de los cambios sociológicos y demográficos ya apuntados, no puede sostenerse a medio plazo. Ello exige, tal y como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos, “una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que lo necesitan”. Por ello, una de las ideas centrales de la Ley 39/2006 es que la atención de las personas en situación de dependencia se lleve a cabo, de forma prioritaria, a través de las prestaciones de carácter asistencial que se relacionan en el catálogo de servicios del art. 15. Las prestaciones económicas tendrían un alcance subsidiario, al supeditarse a la imposibilidad de atender al dependiente mediante la cartera de servicios (en caso de la prestación económica vinculada al servicio del art. 17), o bien un carácter excepcional en función de las circunstancias y de las necesidades específicas y/o cualificadas del beneficiario determinadas en

²⁰ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., “En las fronteras del contrato de trabajo: el cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia”, *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2008, nº 308, p. 22.

²¹ BARCELÓN COBEDO, S., “La Seguridad Social de los cuidadores no profesionales, informales o familiares”. En: AA.VV. *El estatuto jurídico de las personas en situación de dependencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, p. 85.

el programa individual de atención (en caso de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y, en cierto modo, de la asistencia personal *ex arts. 18 y 19*)²².

Son varios los motivos que explican la preferencia de las prestaciones técnicas respecto de las económicas y, dentro de ellas, de las afectadas a un servicio profesional sobre las prestaciones de libre disposición: Por un lado, la calidad de los cuidados –al ser asumidos por profesionales especializados–; por otro, el aumento de empleo con motivo de la creación de esta red profesional; por otro, no desincentivar la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Lo que ha pretendido el legislador, en definitiva, ha sido sustituir el actual modelo de atención a las personas en situación de dependencia –basado en la llamada red informal de cuidados– por una “Red Profesional de Servicios Sociales de Atención a la Dependencia”, liberando a las familias de esa función social²³. El problema es que esta regulación está ignorando, en gran medida, tanto la realidad española, como el deseo del propio sujeto en situación de dependencia²⁴. A día de hoy, en España, la familia es la máxima proveedora de atención y cuidados a todos los miembros que los precisen²⁵ y la propia Exposición de Motivos de la Resolución de 4-2-2010²⁶ pone de manifiesto que la prestación económica para cuidados en el entorno familiar “*es una de las más elegidas por parte de las personas en situación de dependencia*”. Por otro lado –y aun teniendo en cuenta el amplio período transitorio previsto por el legislador– es dudoso que esta “Red Profesional de Servicios Sociales de Atención a la Dependencia” pueda hacer frente a la demanda de servicios requeridos por la sociedad, lo que implica, en la práctica, una prevalencia de los cuidados familiares con respecto al resto de prestaciones técnicas de la cartera de

²² AA.VV., *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares, Granada, 2007, p. 311.

²³ MOLINA NAVARRETE, C., “El régimen “cuasi-profesional” de los cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar...”, *ob. cit.*, p. 38.

²⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S., NAVAS-PAREJO ALONSO, M., “El cuidador informal, familiar o no profesional en la Ley 39/2006...”, *ob. cit.*, p. 47. GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., “Protección de la dependencia en el sistema de Seguridad Social...”, *ob. cit.*, pp. 1682 y 1683.

²⁵ *Libro Blanco de la Dependencia*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, p. 171.

²⁶ Resolución de 4-2-2010, por la que se publica el acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, para la mejora de la calidad de la prestación para cuidados en el entorno familiar (BOE 12-3-2010, n.º 62).

servicios. De hecho, a 1 de marzo de 2010, el 49.61% de las prestaciones reconocidas eran las destinadas a los cuidados familiares²⁷.

Además, otro de los inconvenientes de un modelo basado en servicios es el elevado coste que conlleva. Precisamente el problema de los costes del sistema ha forzado un proceso de reformas en los países con sistemas de servicios (particularmente Holanda y Alemania), orientado a la contención del gasto público mediante técnicas de ampliación de la libertad de elección de la persona dependiente²⁸.

Tampoco creemos que pueda afirmarse de forma taxativa que el cuidado profesional es de más calidad que el no profesional, pues ello supone descartar la importancia que el cariño, la confianza, el afecto, el saberse rodeado de tus seres queridos, tiene en el bienestar de una persona, cuando está demostrado que el apoyo informal refuerza el sentido de pertenencia y la autoestima de las personas en situación de dependencia²⁹.

El hecho de que el modelo actual no pueda sostenerse a medio plazo no debería conllevar, necesariamente, que el cuidado familiar haya de ocupar un lugar secundario; sino que exige el establecimiento de un sistema de protección alternativo, para aquellos casos en que el cuidado informal no sea posible o no sea querido por la persona en situación de dependencia o por su familia. Como se ha dicho con acierto, *“en el diseño hay un exceso de heterotutela, de presunción de incapacidad o de irresponsabilidad de la persona dependiente al no permitirle un mayor margen de elección”*³⁰. Con la actual regulación, el sujeto no es plenamente libre para escoger entre las diferentes posibilidades de cuidado, sino que su inclinación por el cuidado informal sólo se verá satisfecha en caso de que la prestación asistencial resulte frustrada. Lo que implica, lisa y llanamente, desatender la voluntad del sujeto y vulnerar uno de los principios que inspira la Convención y la propia ley. En efecto, el art. 19 a) de la Convención reconoce a las personas con discapacidad el derecho a elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con los demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

²⁷ Datos disponibles en Internet en la página web: www.imserso.es

²⁸ AA.VV., *La protección jurídica de las situaciones de dependencia...*, ob. cit., p. 313.

²⁹ Libro blanco de la Dependencia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, p. 173.

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La cobertura de la situación de dependencia”, *Relaciones Laborales*, 2007, vol. I, p. 62.

Por otro lado, la preferencia de los servicios frente a las prestaciones económicas también vulnera los propios principios de la Ley 39/2006: una ley que tiene por objeto promover la autonomía y la atención de las personas con discapacidad, que define la autonomía como “*la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias*” (art. 2.1), que tiene como un principio la permanencia de la persona en situación de dependencia en el entorno en el que desarrolla su vida (art. 3.h) y que reconoce al dependiente el derecho a participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar [art. 4.2.e)] y a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial [art. 4.2.g)].

Si lo que se pretende con la Ley 39/2006 es favorecer la autonomía de la persona dependiente, debería ser ésta a quien correspondiera decidir el tipo de prestación que quiere recibir;³¹ máxime cuando el carácter prioritario de la prestación asistencial puede conllevar, en la práctica, el internamiento en un centro y, en consecuencia, el abandono del domicilio particular y el alejamiento del entorno. El propio Consejo de Estado, en su dictamen de 23 de marzo de 2006, sugirió que se reconsiderase el carácter excepcional³² atribuido a la prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, pues no puede desconocerse que es el sistema más generalizado hasta ahora, el más adecuado al objetivo de mantenimiento del medio habitual –en términos no solo materiales sino humanos– y el más acorde también con el principio relacionado con la permanencia de las personas en situación de dependencia en el entorno en el que desarrollan su vida.

Ahora bien, no se puede negar que un modelo de atención a la dependencia que se articule sobre el cuidado informal o no profesional dificulta la integración de los familiares –habría que hablar de las mujeres– en el mercado de trabajo, por lo que convendría que el ordenamiento conciliara la lógica subyacente del sistema, basada en la sustitución del apoyo informal y la generalización de los recursos formales, y el principio de autogobierno o libre elección del dependiente y su familia³³. En caso

³¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., NAVAS-PAREJO ALONSO, M., “El cuidador informal, familiar o no profesional en la Ley 39/2006...”, ob. cit., p. 48.

³² En el mismo sentido: AA.VV., *La protección jurídica de las situaciones de dependencia...*, ob. cit., p. 313, quienes ponen de manifiesto que la técnica legislativa se compadece mal con el concepto de autonomía que la propia ley utiliza.

³³ *Idem*, p. 328.

contrario, el reconocimiento del cuidado no profesional tiene el riesgo de perpetuar a la mujer en la tarea de cuidado, mutando la informalidad en subempleo³⁴.

2.2.3. *La cuantía de la prestación para cuidados en el entorno familiar. Beneficiario, requisitos de acceso y cuantía*

La Ley 39/2006 ha dado un paso importantísimo en el reconocimiento de la labor realizada por el cuidador informal, que se concreta, por un lado, en el abono al beneficiario de una prestación económica para cuidados en el entorno familiar y, por otro, en el encuadramiento del cuidador informal en el marco protector de la Seguridad Social y la asunción por parte de la Administración del Estado del importe de las cuotas del convenio especial. Nos centraremos en este momento en la prestación económica, pues la protección social del cuidador será abordada más adelante, en otro de los epígrafes del presente capítulo.

2.2.3.1. Beneficiario

El titular del derecho a la prestación económica es la persona en situación de dependencia –no el cuidador–, de forma que coincide la condición de sujeto causante y beneficiario. Ello implica, sin duda, un acierto del legislador pues, en caso contrario, a la dependencia personal del causante con respecto a su cuidador, se uniría además la dependencia económica³⁵. El cuidador, de esta manera, ve compensado su servicio de forma indirecta, de manera refleja.

2.2.3.2. Requisitos de acceso a la prestación

Para tener derecho a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, han de cumplirse los siguientes requisitos:

³⁴ MOLINA NAVARRETE, C. “El régimen “cuasi-profesional” de los cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar...”, ob. cit., p. 40.

³⁵ MOLERO MARAÑÓN, M. L., “El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores informales...”, ob. cit.

Reconocimiento de la situación de dependencia. Con respecto al beneficiario de la prestación —que ya sabemos que es la persona en situación de dependencia—, será necesario que haya sido calificado como tal, siendo indiferente el grado y nivel que se le haya reconocido.

Adecuación del cuidado familiar. Para tener derecho a la prestación económica de cuidados en el entorno familiar es necesario que el PIA califique esta prestación como adecuada al caso, previa consulta del beneficiario y de su familia o de las entidades tutelares que le representen (art. 29.1 Ley 39/2006). Para merecer una valoración positiva, han de darse las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda; entre las que se valorará una accesibilidad suficiente que permita el ejercicio de las funciones de cuidado personal (acuerdo segundo.4 del Consejo Territorial 4-2-2010).

Preexistencia del cuidado informal: El siguiente requisito exigido por el legislador es la preexistencia de cuidados a la persona dependiente en el entorno familiar. Así se desprende del propio art. 18 Ley 29/2006 según el cual cabe que se reconozca la prestación económica por cuidados no profesionales “*cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar*”, y se corrobora con el acuerdo del Consejo Territorial, que exige que la persona beneficiaria haya sido atendida mediante cuidados en el entorno familiar con carácter previo a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia. De hecho, no se admitirá que una persona que estuviese siendo atendida en un servicio, deje de hacerlo y pase a percibir la prestación de cuidados en el entorno familiar, salvo que existan razones que justifiquen la inadecuación de ese servicio a las necesidades de la persona o que se hayan producido cambios personales y/o del entorno que así lo aconsejen (acuerdo tercero.3).

En nuestra opinión, lo determinante para la concesión de esta prestación económica debiera ser que un familiar o un allegado estuviera dispuesto a prestar atención y cuidado a la persona en situación de dependencia, que ésta estuviera conforme y que el cuidado informal —valorando las circunstancias concurrentes— fuese considerado idóneo por los servicios sociales, y no tanto que este cuidado en el domicilio se haya desplegado con anterioridad.³⁶

Idoneidad del cuidador: Por acuerdo del Consejo Territorial se ha introducido como requisito la idoneidad de la persona cuidadora, exigiendo que

³⁶ *Idem*, p. 539.

ésta cuente con la capacidad física y psíquica suficiente para desarrollar las funciones de cuidado y apoyo; y con tiempo de dedicación necesario para atender a la persona beneficiaria en aquellas situaciones en que requiere ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Como se aprecia de lo expuesto, el acuerdo no se remite a datos objetivos (que el cuidador tenga, por ejemplo, entre 18 y 65 años y no preste una actividad retribuida o, de prestarla, que trabaje a tiempo parcial desarrollando como máximo un 50% de la jornada ordinaria), por lo que habrá de estarse a cada caso en concreto, siendo los servicios sociales quienes deberán valorar la idoneidad de la persona cuidadora, teniendo en cuenta sus concretas circunstancias y las necesidades de la persona a quien se atiende en función de su grado de dependencia. Lo único que sí concreta el acuerdo es que la persona cuidadora ha de tener disponibilidad para prestar el cuidado y atención de forma adecuada y continuada durante un período mínimo de un año. No obstante lo anterior, en caso de ser varias personas cuidadoras que se suceden de forma rotatoria, se admite que el período de dedicación sea inferior siempre y cuando se determine con claridad qué período de tiempo corresponde a cada cuidador dentro del año natural y siempre y cuando cada uno de dichos períodos no tenga una duración inferior a tres meses (acuerdo segundo.3).

2.2.3.3. La cuantía de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar

La cuantía de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar no viene concretada en la Ley 39/2006, sino que ha de ser acordada por el Consejo Territorial del SAAD, para su posterior aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto (art. 20 Ley 39/2006) y se ha de actualizar con carácter anual, en función del incremento del IPC (art. 13.1 RD 727/2007³⁷). En cumplimiento de este mandato legislativo, se ha aprobado el RD 374/2010³⁸ por el que se establecen las cuantías de las prestaciones económicas del SAAD para el ejercicio 2010; por lo que respecta a la pres-

³⁷ RD 727/2007, de 8 de junio, por el que se establecen los criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE 9-6-2007, nº 138).

³⁸ RD 374/2010, de 26 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2010 (BOE 27-3-2010, nº 75).

tación económica por cuidados en el entorno familiar, la cuantía económica prevista para este año es la que se detalla en la siguiente tabla:

Grado	Nivel	Cuantía	Cuota convenio especial
II	1	300,90 €	161,01 € + 1,48 € = 162,49 €
	2	337,25 €	
III	1	416,98 €	
	2	520,69 €	

Adviértase que, en la actualidad, sólo se determina la cuantía de la prestación correspondiente a los grados II y III de dependencia; si bien, ello no significa que dicha prestación sólo pueda ser reconocida en supuestos de dependencia severa (grado II) o gran dependencia (grado III), sino que nos encontramos dentro del período de aplicación sucesiva fijado por el legislador en la DF 1ª, de acuerdo a la cual la efectividad del derecho a las prestaciones se ejercerá de forma progresiva, estableciendo un orden de prioridades con base en el grado y el nivel de dependencia.

Este RD 374/2010 ha fijado la cuantía máxima de la prestación económica por cuidados familiares, pues hay que tener en cuenta que el importe que percibirá el beneficiario se modulará en función de su capacidad económica (arts. 20 y 33.2 Ley 39/2006)³⁹, aplicando el coeficiente reductor que establezca la Comunidad Autónoma o la Administración que, en su caso, tenga competencia (art. 13.2 RD 727/2007). La cuantía de la prestación varía, por tanto, no sólo en función del grado y nivel de dependencia que tenga reconocido el beneficiario, sino también de acuerdo a su nivel de rentas.

De dicho importe se ha de deducir, además, la cuantía de cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los re-

³⁹ No obstante, parte de la doctrina entiende que el apartado 2º del art. 33 Ley 39/2006 parece referirse a las prestaciones económicas vinculadas a un servicio, y ello por el contexto en el que se inserta dicho apartado y porque la capacidad económica del beneficiario ya se valora en el acceso a la prestación económica para cuidador en el entorno familiar (ROQUETA BUJ, Remedios. Las prestaciones económicas. En: AA.VV. *La protección de la dependencia: Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 460).

gímenes públicos de protección social (art 31 Ley 39/2006 y art. 14 RD 727/2007)⁴⁰; concretamente, se deducirán las siguientes prestaciones: el complemento de gran invalidez (art. 139.4 LGSS), la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75% [art. 182 bis.2.c) LGSS], el complemento por necesidad de tercera persona de la pensión de invalidez no contributiva (art. 145.6 LGSS) y el subsidio de ayuda a tercera persona, previsto en el art. 12.2.c) LISMI.

2.2.4. La necesaria protección laboral del cuidador informal

2.2.4.1. Introducción

Los vertiginosos cambios que se han producido en nuestra sociedad en los últimos años han hecho emerger una nueva necesidad de conciliar la vida familiar y laboral. La incorporación de la mujer al mercado de trabajo y la responsabilidad sobre los niños, sobre los mayores y las personas con discapacidad hacen necesario un replanteamiento de las relaciones laborales que dé una respuesta integradora y no excluyente, para evitar que los trabajadores con familiares en situación de dependencia a cargo se vean en la obligación de abandonar el mercado de trabajo, ante la imposibilidad de conciliar ambas facetas de la vida.

Ya apuntamos que un 73% de los cuidadores no profesionales no desempeñan actividad retribuida alguna. Ello puede deberse, en parte, al propio perfil del cuidador (mujer de 53 años con baja cualificación profesional), pues la tasa de actividad en tales circunstancias es sin duda reducida. No obstante, este elevado porcentaje es también sintomático de las dificultades que encuentra este colectivo para acceder al mercado laboral o para mantener su empleo. No cabe duda de que las largas jornadas de trabajo, el tiempo invertido en desplazamientos, la probabilidad de que las responsabilidades familiares penalicen la promoción laboral del trabajador o pongan en peligro la estabilidad de su empleo dificultan

⁴⁰ RD 727/2007, de 8 de junio, por el que se establecen los criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE 9-6-2007, nº 138).

enormemente la conciliación de la vida familiar y laboral y pueden acabar provocando la expulsión del trabajador del mercado laboral.

Nuestro ordenamiento interno ha realizado un importante esfuerzo para dar respuesta a esta nueva necesidad y las leyes 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁴¹, y 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴², son claros ejemplos de ello. La persona con responsabilidades familiares cuenta con un importante elenco de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral como la excedencia, la reducción de jornada o los permisos retribuidos por motivos familiares. Sin embargo, se aprecia en su regulación disfunciones importantes y, al mismo tiempo, su ejercicio suele conllevar en la práctica una clara penalización profesional, por lo que queda un largo camino por recorrer.

Por otro lado, no cabe duda de que el papel de los agentes sociales es determinante en este sentido, apreciándose importantes avances en la protección de los trabajadores con personas en situación de dependencia a cargo. Ejemplo de lo expuesto es el Plan de Igualdad del Banco Santander, que permite el reconocimiento de licencias no retribuidas de hasta un mes de duración dentro del año natural con motivo de la asistencia médica de familiares hasta el 1º grado con enfermedades crónicas o discapacidades graves. O los Planes de Igualdad de Banesto y de Mutualia, que amplían hasta tres años la excedencia por cuidado de familiares que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueden valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida. O el Plan de Igualdad de Aqualia, de conformidad con el cual la empresa ha de tener una especial consideración con las personas que tengan a su cargo exclusivo la guardia y custodia de descendientes menores de seis años o de personas con discapacidad acreditada superior a un 66%, a la hora de adoptar decisiones de traslado que impliquen movilidad geográfica o decisiones de horario que impliquen cambios en el sistema de trabajo a turnos. O, finalmente, el Plan de Igualdad de Endesa, que reconoce el derecho a trabajar en horario continuado a los *“trabajadores encargados del cuidado personal y directo de ascendientes y descendientes hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad, siempre que éstos tengan reconocido por la Administración Autonómica competente y de acuerdo con la clasificación establecida en el artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14*

⁴¹ BOE 6-11-1999, nº 266.

⁴² BOE 23-3-2007, nº 71.

de Diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la consideración de dependencia severa o gran dependencia”.

Se aprecia también una mayor –aunque tristemente escasa– concienciación empresarial, resultando ilustrativo a este respecto, que en la concesión del premio nacional empresa flexible se valore muy positivamente la existencia de una persona encargada de gestionar la conciliación y la diversidad en la empresa, la regulación de un procedimiento de selección o promoción interna que garantice la no discriminación por razones de maternidad/paternidad o de cuidado de mayores o el que la empresa ofrezca a sus empleados ayudas económicas para hacer frente al cuidado de personas en situación de dependencia. Se premia igualmente la flexibilidad del horario de trabajo mediante el establecimiento de una política de luces apagadas, de una jornada intensiva, de una horquilla de tiempo para entrar o salir del trabajo, o de «bolsas de horas». Ejemplos de buenas prácticas, en este sentido, son los protagonizados por la empresa ALTRAN (Premio Nacional Empresa Flexible 2008. Categoría mediana empresa) que reconoce a los trabajadores con un hijo discapacitado una ayuda de 150 € mensuales, o por la empresa MC MUTUAL (Accésit Premio Cataluña Empresa Flexible 2008. Categoría Gran Empresa) que otorga a los empleados permisos para acompañar al médico a familiares con discapacidad o, finalmente, por la empresa MICROSOFT IBÉRICA (Accésit Empresa Flexible 2006) que prevé un programa de ayuda a los trabajadores con familiares con discapacidad que les facilita asistencia telefónica 24 horas.

2.2.4.2. Remoción de los obstáculos laborales que dificulten o impidan las tareas de cuidado

Partiendo de que no va a ser fácil que la red formal de atención a las personas en situación de dependencia pueda asumir, a corto plazo, la creciente demanda social, y de que se debería reconocer la libertad de la persona dependiente para elegir dónde, cómo y con quién vivir, convendría crear un estatuto jurídico específico para el cuidador informal con el propósito de remover los obstáculos que dificulten o impidan al trabajador que libremente decida atender a un familiar, asumir esta tarea de cuidado.

Es verdad que el art. 34.8 ET reconoce a los trabajadores el derecho a adaptar y distribuir la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a conciliar la vida personal, familiar y laboral; pero el problema es que dicho derecho no es absoluto, pues se condiciona a los términos establecidos en la negociación colectiva o por acuerdo individual con el empresario.

Por otro lado, también se reconoce a los trabajadores que tengan a su cuidado directo una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, o que precisen encargarse del cuidado de un familiar hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, el derecho a reducir su jornada de trabajo entre, el menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla (art. 37.5 ET). Pero adviértase la descoordinación entre el ET y el RD 615/2007 con respecto al grado de parentesco.

Por lo que respecta a la excedencia por cuidado de hijos y, concretamente, a su duración, ya hemos visto cómo, según se desprende de las estadísticas, la necesidad de cuidados suele extenderse por un dilatado período de tiempo que se sitúa en seis años de media. La excedencia por cuidado de familiares, sin embargo, no puede prolongarse por un tiempo superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por convenio colectivo (art. 46.3 ET), por lo que su regulación no da respuesta a las necesidades que se desprenden de la atención y el cuidado de una persona dependiente en su entorno familiar y de ahí que parte de la doctrina abogue por ampliar su duración en tales casos⁴³.

Es cierto que la excedencia por cuidado de familiares, al reconocer a su titular la reserva del puesto de trabajo, representa una valiosísima herramienta de conciliación de la vida familiar y profesional. Sin embargo, en la medida en que aparta temporalmente al trabajador del mercado laboral y favorece –sobre todo en determinados perfiles– una cierta obsolescencia profesional –y ello aun cuando durante la misma, se reconozca el derecho del trabajador excedente a participar en cursos de formación profesional– puede convertirse en un arma de doble filo que dificulte, en la práctica, la efectiva reincorporación al trabajo. Por ello, aun compartiendo la opinión de quienes defienden la ampliación del período legal

⁴³ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., “Las medidas laborales, de formación y de empleo en beneficio del cuidador informal”, en AA.VV., *El estatuto jurídico del cuidador de las personas en situación de dependencia*, Ramón Areces, Madrid, 2009, p. 118.

de excedencia, consideramos que la prioridad del legislador debería ser la introducción de mecanismos de flexibilidad laboral que permitan compatibilizar la prestación de un servicio profesional y la asunción de responsabilidades familiares y que dicha ampliación debería condicionarse a la imposibilidad de que otros familiares de la persona en situación de dependencia puedan asumir la tarea de cuidado, favoreciendo con ello la corresponsabilidad entre los diferentes miembros de una misma familia. En definitiva, las medidas de conciliación familiar y laboral deberían estar articuladas de tal forma que la solicitud de una excedencia fuera el último recurso al que acudir. De hecho, en aquellas empresas donde se favorece la flexibilidad, los trabajadores no suelen solicitar una excedencia. Es ésta una afirmación que se sustenta en la experiencia de empresas como IBM en la que los trabajadores con responsabilidades familiares optan por teletrabajar, lo que les permite trabajar desde su domicilio, con un horario más flexible y sin pérdida de poder adquisitivo.

Con respecto a los titulares del derecho, se aprecia también una descoordinación entre el ET y el RD 615/2007, pues la excedencia por cuidado de familiares es un derecho que puede ser solicitado por los familiares hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad; sin embargo, pueden ejercer como cuidadores informales, los familiares hasta el 3º grado y los allegados. En definitiva, la única opción que tendría el cuidador no profesional que no ve satisfecha su necesidad a través de la excedencia por cuidado de familiares, sería solicitar una excedencia voluntaria, en la medida en que se trata de un derecho que puede extenderse por un período de tiempo superior –cinco años– y que puede ser ejercido por los familiares de tercer grado o por los vecinos, dado que no obedece a la existencia de causa alguna, concediéndose por la mera concurrencia de determinados requisitos. Lo que ocurre es que la protección dispensada por el ordenamiento a los trabajadores que están disfrutando de una excedencia voluntaria es sustancialmente menor que aquellos que tienen derecho a una excedencia por cuidado de familiares: primero, porque el derecho a la excedencia voluntaria se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos como son acreditar un año de antigüedad en la empresa y el transcurso de cuatro años desde la anterior excedencia, con independencia de cuál haya sido su duración –lo que dificulta su disfrute de forma fraccionada y el reparto de las tareas de cuidado entre varios miembros de la familia–; segundo, porque la excedencia voluntaria no reconoce al trabajador la reserva del puesto de trabajo, sino una mera expectativa al reingreso en caso de existencia de vacante; y finalmente,

porque la excedencia voluntaria no se asimila a tiempo cotizado, como tendremos oportunidad de analizar más adelante. Convendría, por lo expuesto, modificar este concreto mecanismo de conciliación de la vida familiar y laboral al objeto de remover los obstáculos que dificulten el que el cuidador informal asuma esta tarea, cuando sea querida por él y por la persona en situación de dependencia.

Algunos autores defienden incluso la preferencia en la permanencia del lugar de trabajo de los cuidadores informales, de igual modo que sucede con los representantes de los trabajadores⁴⁴. No cabe duda de que se trata de una propuesta acertada, aunque también cabría la posibilidad de remitirse al respecto a la negociación colectiva, en la misma línea que lo hace la Ley de Familias Numerosas⁴⁵, o la inclusión, dentro de los supuestos que justifican el internamiento temporal del dependiente, del desplazamiento del cuidador por motivos laborales.

Finalmente, y teniendo en cuenta la mayor dificultad que encuentra el cuidador informal en el acceso al mercado de trabajo y en el mantenimiento del empleo, convendría introducir incentivos que favorezcan su contratación y su estabilidad laboral, de la misma manera que existen bonificaciones, en esta misma línea, con respecto a los trabajadores con hijos a cargo. El legislador, por ejemplo, ha previsto incentivos por el mantenimiento en el empleo de mujeres que se reincorporen al trabajo tras la maternidad o tras una excedencia por cuidado de un hijo [art. 4.2 Ley 43/2006]. Convendría en este sentido hacer extensiva esta bonificación a los trabajadores —con independencia de su sexo— que se reincorporen al trabajo tras una excedencia por cuidado de familiares en situación de dependencia, pues carece de sentido que dicho incentivo se limite únicamente a aquellos casos en los que el contrato se suspende por la atención de un menor de tres años de edad.

⁴⁴ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. “Las medidas laborales, de formación y de empleo en beneficio del cuidador informal...”, ob. cit., p. 123.

⁴⁵ La Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, prevé expresamente la posibilidad de que, por convenio colectivo, se establezcan medidas de protección de los trabajadores cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa, en orden a la conservación de situaciones laborales; en particular, “*en materia de derechos de los trabajadores, acción social, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y extinción del contrato de trabajo*” (art. 10.1).

2.2.4.3. Protección frente al despido y ante una posible discriminación empresarial

Es necesario además que se proteja al cuidador informal frente al despido y ante una posible discriminación empresarial. Es cierto que si el cuidador no profesional hubiese solicitado o se encontrara disfrutando de una reducción de jornada o de una excedencia por cuidado de familiares, el ordenamiento jurídico le otorga una especial protección pues, de conformidad con lo establecido en los arts. 53.b) y 55.b) ET, la decisión extintiva del empresario sería declarada nula, salvo que concurriese causa legal que la justificase. Dicho de otra manera, en tales circunstancias desaparece la posibilidad de que el despido sea declarado improcedente y de que, en consecuencia, el empresario pueda resolver unilateralmente la relación laboral con la única obligación de indemnizar con 45 días de salario por año de servicio, pues de existir causa, el despido sería calificado de procedente y, de no existir, sería calificado de nulo y el empresario debería proceder a la readmisión del trabajador en la empresa. Advuértase que, de acuerdo con la interpretación que de tales preceptos ha realizado el propio Tribunal Constitucional⁴⁶ y el Tribunal Supremo⁴⁷ —si bien que refiriéndose al despido de una trabajadora embarazada—, estamos ante un supuesto de nulidad objetiva, dado que la literalidad de la norma no vincula la calificación del despido a la existencia de un móvil discriminatorio sino, más bien, a la inexistencia de causa que justifique la decisión extintiva. El legislador, después de haber declarado la nulidad del despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución o en la ley o que se produzca con violación de derechos fundamentales, aclara que será también nulo el despido en los siguientes supuestos: “b) [...] *el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del art. 37 o están disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del art. 46*. Si la enumeración que a renglón seguido se detalla fuera una mera concreción del despido discriminatorio, carecería de sentido el adverbio también utilizado por el legislador.

⁴⁶ STC 92/2008.

⁴⁷ SSTs 17-10-2008, R° 1957/2007, 16-01-2009, R° 1758/2008, 13-04-2009, R° 2351/2008, 6-5-2009, R° 2063/2008.

Ahora bien, esta especial protección se vincula a la solicitud o al disfrute de determinados derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, quedando el trabajador desprotegido en caso de no estar haciendo uso de los mismos. ¿Cabría entender que, en tal caso, el cuidador no profesional se encuentra igualmente amparado por la prohibición de discriminación prevista tanto en el art. 14 CE, como en el art. 17 ET? Aunque la dependencia no es una de las razones expresamente relacionadas por el constituyente, se ha de entender incluida dentro de la regla general por la que se prohíbe la discriminación por razón de “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, pues aquélla ha sido motivo, tradicionalmente, de clara segregación. Y de conformidad con el art. 17 ET, se entenderán nulas y sin efecto las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de discapacidad. Pero adviértase que, en caso de que un cuidador no profesional recibiera un trato menos favorable por su vinculación con una persona en situación de dependencia, sería un sujeto el que sufriría el trato discriminatorio (el cuidador no profesional) y otro, el que quedaría encuadrado en el colectivo protegido (la persona en situación de dependencia por edad o por discapacidad). ¿Cabría entender que una persona puede ser discriminada de forma refleja o, dicho de otra manera, que el factor discriminante pueda ser tranferido? Resulta de sumo interés traer a colación al respecto la STJ-CE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman⁴⁸, en el que una secretaria de un despacho de abogados, madre de un niño con discapacidad, mereció un trato menos favorable que el resto de sus compañeros por su vinculación con su hijo minusválido.

Según el Tribunal, aun cuando la persona objeto de discriminación no era discapacitada, el motivo del trato menos favorable del que la Sra. Coleman alegaba haber sido víctima, lo constituía precisamente

⁴⁸ *In extenso*: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R., “Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación: la discriminación refleja o transferida (la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman)”, *Justicia Laboral*, 2009, nº 37, p. 5-10. TAPIA HERMIDA, A., “Discriminación y acoso por “traslación de la discapacidad” o “discriminación por vinculación”: comentario a la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, S. Coleman y Attridge Law, Steve Law”, *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2008, nº 309, pp. 105-132. MUÑOZ RUÍZ, A. B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad en la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”, *Temas Laborales*, 2009, nº 101, pp. 321-339.

la discapacidad. La Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que tiene por objeto combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad, no se aplica exclusivamente a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el art. 1 de la misma directiva. La Directiva 2000/78/CE y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a).

La sentencia introduce una novedosa categoría jurídica como es la discriminación transferida, que supone una importante ampliación de la tutela frente a la discriminación por razón de discapacidad, haciéndola extensiva a quienes se encuentren vinculados a la persona discapacitada⁴⁹. Una de las dudas que se plantea a este respecto es la de si los argumentos expuestos en la sentencia comunitaria pueden resultar aplicables al resto de causas de discriminación, pues una persona dependiente puede serlo por edad y no por discapacidad, por ejemplo. En nuestra opinión, entendemos que la respuesta ha de ser afirmativa, pues la Directiva tiene como objeto luchar contra la discriminación “*por motivos*”, también, de edad⁵⁰.

Pues bien, aunque es cierto que nuestra legislación utiliza una fórmula amplia, prohibiendo la discriminación “*por razón de edad o discapacidad*” (art. 17 ET), convendría un reconocimiento expreso de la doctrina de la discriminación transferida.

⁴⁹ MUÑOZ RUÍZ, A. B. “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad...”, ob. cit., p. 326.

⁵⁰ En el mismo sentido, MUÑOZ RUÍZ, A. B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad...”, ob. cit., pp. 336 y 337.

2.2.5. *La protección social del cuidador informal*

2.2.5.1. Introducción

La asunción de las tareas de cuidado de un familiar en situación de dependencia suele conllevar, en la práctica, un alejamiento del mercado laboral o, en el mejor de los casos, una reducción del tiempo disponible para realizar un trabajo lucrativo. Ello ha tenido una clara repercusión en la protección social de los cuidadores informales, quienes han visto cómo su generosa aportación a la sociedad ha obtenido como respuesta o la expulsión del sistema o una importante merma de la intensidad de la acción protectora, al calcularse las prestaciones con base en la carrera de seguro del beneficiario.

La Ley 39/2006 ha supuesto un importante avance en la protección social del cuidador informal, al asimilar la tarea de cuidado a una actividad profesional, a efectos de su inclusión en el sistema; lo que supone un reconocimiento a la función que desempeña y una merecida contraprestación a la gratuidad de su prestación. De conformidad con lo establecido en el art. 18.3 Ley 39/2006, *“el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente”*. Y según lo previsto en la DA 4^a, *“el Gobierno determinará la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el Régimen que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización”*. La parquedad de ambos preceptos supone una remisión prácticamente en blanco a un futuro desarrollo reglamentario; un desarrollo que se ha producido con la aprobación del RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la seguridad social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia⁵¹.

La inclusión del cuidador en el sistema se ha articulado mediante la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social cuyo objeto es la cotización al RGSS por una base –al menos– mínima y la cobertura de la jubilación, de la incapacidad permanente y de las prestaciones por muerte y supervivencia. Dicho convenio se encuentra regulado en el RD 615/2007 y la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se

⁵¹ BOE 12-05-2007, nº 114.

regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social⁵², que dedica su art. 28 a establecer las particularidades del convenio especial para cuidadores no profesionales y que se aplica supletoriamente en lo no previsto en la regulación especial (art. 5 RD 615/2007).

La inclusión del cuidador no profesional bajo el paraguas protector del sistema de la seguridad social representa un mecanismo de corrección al criterio profesional, que es el que determina, con carácter general, la integración del sujeto en el RGSS. El Ordenamiento, haciendo uso de la habilitación conferida por el art. 97.2.m) LGSS, asimila los cuidadores no profesionales a trabajadores por cuenta ajena, lo que determina su inclusión obligatoria en el régimen correspondiente. Así, entre las diversas posibilidades de inclusión en el sistema, el legislador ha optado por el régimen que otorga una mayor protección, descartando tanto la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, como el encuadramiento en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, como parecía más probable⁵³.

De acuerdo con la regulación general del convenio especial, su suscripción determina la inclusión en el régimen de la Seguridad Social que corresponda en razón de la actividad que el trabajador o asimilado desarrolle o haya desarrollado con anterioridad (art. 1.1 Orden TAS/2865/2003). La regulación específica del convenio especial para cuidadores no profesionales se separa de lo expuesto, en la medida en que la inclusión se produce necesariamente en el RGSS, con independencia de cuál sea la actividad que desarrolle o que haya ejercido con anterioridad. Tal decisión puede obedecer, en parte, al propósito ya apuntado de encuadrar al cuidador en el régimen más protector del sistema y, por otro lado, al hecho de que no se exija el cumplimiento de un previo período de carencia, por lo que cabría la suscripción del convenio especial por quien nunca hubiera desarrollado actividad alguna.

⁵² BOE 18-10-2003, nº 250.

⁵³ MOLINA NAVARRETE, C., “El régimen “cuasi-profesional” de los cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar...”, ob. cit., p. 60. BARCELÓN COBEDO, S., “La Seguridad Social de los cuidadores no profesionales, informales o familiares”..., ob. cit., p. 79.

2.2.5.2. El carácter obligatorio del convenio especial para cuidadores no profesionales

La primera particularidad del convenio especial para cuidadores no profesionales es su carácter obligatorio, de acuerdo con lo previsto en el art. 2.1 RD 615/2007; cuando la regla general, en la regulación común de esta institución jurídica, es que queda a la voluntad del trabajador —obviamente que cumpla todos los requisitos exigidos— la aceptación de la oferta del convenio especial. No obstante lo anterior, y partiendo de la finalidad que se persigue mediante la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social —que no es otra que facilitar el acceso a la protección del sistema— tal carácter obligatorio decae en aquellos supuestos en los que el cuidador ya se encuentra dentro de este marco de protección, como ocurre en los siguientes casos expresamente relacionados en el art. 2 RD 615/2007:

a) Cuando el cuidador siga realizando o inicie una actividad profesional por la que deba quedar incluido en el sistema, no será obligatoria la suscripción del convenio (apartado 2º del precepto citado). Esta excepción requiere ser matizada en aquellos casos en los que el sujeto continúa realizando una actividad profesional, pero decide reducir su jornada de trabajo con el objeto de asumir las funciones de cuidado. En tal supuesto, el cuidador ya se encuentra protegido por el sistema por razón de la actividad que desempeña, por lo que el convenio se aplicará en orden al mantenimiento de las bases de cotización a la Seguridad Social (art. 2.4 RD 615/2007). Resulta dudoso si, en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de familiares, la suscripción del convenio especial reviste carácter obligatorio o meramente potestativo. El mantenimiento de las bases de cotización se califica, en el art. 28.6 Orden TAS/2865/2003, como una opción del suscriptor, por lo que podría interpretarse que la suscripción del convenio tiene en tales casos carácter voluntario. No obstante, entendemos que no es así, al menos, no debería serlo cuando, con ocasión del trabajo realizado a jornada reducida, se viene cotizando por una base inferior a la mínima, pues carecería de sentido que quienes compatibilizan el desempeño de una actividad profesional con la asunción de las tareas de cuidado de un familiar dependiente merecieran peor trato que quienes abandonan por tal causa el mercado laboral; y ello salvo que dicha compatibilidad supusiera efectivamente una reducción de las horas de dedicación a la

persona en situación de dependencia, en cuyo caso la base sobre la que se calcula la cuota del convenio especial se reduciría de forma proporcional (art. 4.1 RD 615/2007).

Por lo expuesto, entendemos que lo que es potestativo es la mejora de la base de cotización por encima de la base mínima, pero no la suscripción del convenio especial, que sigue siendo obligatoria, salvo en un único supuesto: el previsto en el apartado 4º del art. 28 Orden TAS/2865/2003, de acuerdo al cual no procede la suscripción de este convenio especial durante los períodos de reducción de jornada en los que las cotizaciones se computen incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si la jornada se hubiera mantenido sin dicha reducción. En efecto, según lo establecido en el art. 180.3 LGSS, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de un menor se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada sin dicha reducción. Este incremento, vendrá exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos contemplados en el art. 37.5 ET. Finalizado este período de especial protección, el cuidador debería suscribir el convenio especial con la Seguridad Social a fin de mantener las bases de cotización en las cuantías por las que viniera cotizando con anterioridad a la reducción de jornada.

b) Tampoco es obligatoria la suscripción del convenio cuando el cuidador se encuentre percibiendo la prestación por desempleo, pues no podemos olvidar que el tiempo durante el cual el trabajador permanece en tal situación es eficaz a los efectos de causar las restantes prestaciones y ello por dos motivos: primero, porque goza de una suerte de asimilación al alta de conformidad con lo previsto en el art. 125.1 LGSS; y segundo, porque durante tal período se mantiene la cotización, pues la entidad gestora debe ingresar las cuotas a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando, de la cuantía de la prestación, la aportación que corresponda al trabajador (art. 214.1 LGSS).

c) Decae la obligación igualmente cuando el cuidador tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente o cuando, siendo pensionista de viudedad o en favor de familiares, tenga 65 o más años. Lo que encuentra justificación en las siguientes causas: primera, porque nuestro sistema configura determinadas prestaciones como puertas de acceso a otras, mereciendo una suerte de asimilación

al alta. Así, según el art. 172.b) LGSS, los pensionistas por incapacidad permanente y por jubilación podrán causar derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia. Segunda, porque la persona que se encuentra percibiendo la pensión de jubilación y que, por lo tanto, ya ha cumplido los 65 años de edad, no tiene derecho a que se le reconozca una pensión por incapacidad permanente, por lo que carece de sentido un encuadramiento en el sistema a tal efecto. Tercera, porque la pensión de incapacidad permanente, cuando el beneficiario cumple la edad de 65 años, pasa automáticamente a denominarse pensión de jubilación, sin que quepa la posibilidad de compatibilizar ambas prestaciones (art. 143.4 LGSS). Lo que no acaba de entenderse es la exclusión que afecta a los beneficiarios de prestaciones por muerte y supervivencia que tengan más de 65 años de edad.

d) Por último, tampoco existe obligación de suscribir el convenio especial cuando el cuidador informal se encuentra disfrutando de los períodos de excedencia laboral en razón de cuidado de familiares que tengan la consideración de períodos de cotización efectiva, de acuerdo con lo previsto en el art. 180 LGSS. Durante el período de excedencia, el contrato de trabajo se encuentra en suspenso y, en consecuencia, cesan las obligaciones básicas dimanantes de la relación laboral: la obligación de trabajar y la obligación de retribuir el trabajo. Pues bien, partiendo de la regla general conforme a la cual la obligación de cotización se vincula a la efectiva prestación de un servicio remunerado (art. 106.3 LGSS y STS 4-6-2002, R° 2240/2001) y de que el legislador no ha impuesto al empresario la obligación de seguir cotizando durante tal período, el ejercicio de este derecho por parte del trabajador repercutiría negativamente en sus prestaciones futuras. Con el propósito de paliar, en cierta medida, este perjudicial resultado, el legislador considera como efectivamente cotizado un determinado período de la excedencia por motivos familiares. La Ley 26/1990⁵⁴, desarrollada en este aspecto por los arts. 15 a 20 del RD 356/1991⁵⁵, consideró como período de cotización efectiva el primer año de excedencia por cuidado de cada hijo. Años después, se aprobó la

⁵⁴ Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas (BOE 22-12-1990, nº 306).

⁵⁵ RD 356/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de prestaciones por hijo a cargo, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas (BOE 21-03-1991, nº 69).

Ley 52/2003⁵⁶ por la que se amplió la duración del período de excedencia por cuidado de hijos que se entiende cotizado y se hizo extensivo este mecanismo de corrección del principio de contributividad a la excedencia por cuidado de familiares. En la actualidad, la prestación consistente en asimilar la excedencia a tiempo cotizado se encuentra regulada en el art. 180 LGSS (apartados 1º y 2º) y en el capítulo II del RD 1335/2005⁵⁷ (arts. 4 a 8).

El período considerado como de cotización efectiva no se extiende a la posible duración de la excedencia laboral, sino a una parte de la misma. Si la excedencia por cuidado de hijos o menores acogidos puede prolongarse hasta tres años desde la fecha de nacimiento del menor del hijo o de la resolución administrativa o judicial, de acuerdo a lo previsto en el art. 46.3 ET, la asimilación a tiempo cotizado únicamente se aplica a los dos primeros años. No obstante, este período se amplía hasta los 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor para cuyo cuidado se solicita la excedencia tiene la consideración de familia numerosa general, o hasta los 36 meses, si goza de la condición de familia numerosa de categoría especial (art. 180.1 LGSS).

Por otro lado, sabemos que los trabajadores tienen también derecho a una excedencia, de duración no superior a dos años, para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. Pues bien, de conformidad con el art. 180.2 LGSS, únicamente el primer año de excedencia se considerará como efectivamente cotizado.

¿Cuál es el alcance de esta ficción legal? El período considerado como de cotización efectiva se considerará asimilado al alta (art. 6 RD 1335/2005) y surtirá efectos tanto para la cobertura del período mínimo de cotización, como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable de las prestaciones, a cuyo fin el período de excedencia se integra con el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores (art. 7 RD 1335/2005). Ahondando en el alcance de esta regulación, conviene tener presente que, con motivo de la modificación operada por la Ley 52/2003,

⁵⁶ Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social (BOE 11-12-2003, nº 96).

⁵⁷ RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social (BOE 22-11-2005, nº 279).

los efectos apuntados únicamente revisten virtualidad para acceder a las determinadas prestaciones; concretamente: a la jubilación, a la incapacidad permanente, a las prestaciones por muerte y supervivencia, a la maternidad y a la paternidad⁵⁸. Por lo expuesto, este beneficio no resulta de aplicación con respecto a la incapacidad temporal y a la situación de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

Como se aprecia de lo expuesto, la excedencia por cuidado de hijos goza de un trato claramente privilegiado con respecto a la excedencia por cuidado de familiares: el tiempo que se considera cotizado es superior y puede además ampliarse en función de las circunstancias concurrentes. La ausencia de cotización tiene una repercusión clara en el acceso a las prestaciones y en la intensidad de la acción protectora. Tomando como ejemplo la pensión de jubilación (que suele considerarse como la prestación reina de nuestro sistema) sabemos que, para tener derecho a ella, es necesario que se acrediten quince años de cotización a lo largo de toda la vida laboral de los cuales, al menos dos, han de estar comprendidos en los quince años inmediatamente anteriores al hecho causante, y que su cuantía se calcula en función de las bases de cotización de los últimos quince años. De ello se desprende la conveniencia de que no se produzcan lagunas de cotización en los últimos quince años de vida potencialmente activa o, dicho de otra manera, en el período comprendido entre los 50 y los 65 años de edad del beneficiario. Pues bien, en ese preciso tramo de edad, la necesidad de solicitar una excedencia para atender el cuidado de un hijo menor de tres años es absolutamente remota. Sin embargo, es mucho más frecuente la necesidad de atender a un familiar hasta el segundo grado que no pueda valerse por sí mismo. De hecho, ya vimos que la media de edad del cuidador informal se sitúa en los 53 años. Por ello, y aunque es cierto que —finalizado el período asimilado a cotizado— el cuidador no queda en situación de desprotección, al encontrarse cubierto por el convenio especial con la Seguridad Social, convendría equiparar la regulación de ambos tipos de excedencia, pues no es lo mismo que se integre la laguna de cotización con el promedio de las bases de los últimos seis meses a que se cotice por la base mínima vigente.

⁵⁸ Ésta última introducida a raíz de la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2007.

2.2.5.3. Requisitos de acceso y tramitación del convenio especial

Derecho a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar. La posibilidad de suscribir un convenio especial se encuentra condicionada al previo reconocimiento de la prestación económica por cuidados en el entorno familiar que, como ya vimos, valora la idoneidad del propio cuidador y de este concreto tipo de cuidados. A tal efecto, el cuidador deberá aportar copia de la resolución por la que se haya concedido la prestación económica a la persona atendida, así como la documentación acreditativa del cumplimiento de los restantes requisitos (vínculo de parentesco, etc.).

Indiferencia del período de cotización previo. Para poder suscribir un convenio especial con la Seguridad Social se exige, con carácter general, tener cubierto un período de cotización de 1.800 días en los doce años inmediatamente anteriores a la baja en el sistema (art. 3.2 Orden TAS/2865/2003). Por el contrario, el convenio especial de los cuidadores no profesionales no exige la acreditación de período de cotización previo (art. 2.1 RD 615/2007), lo que favorece la incorporación al sistema de quien nunca ha estado en activo o se apartó del mercado de trabajo hace más de doce años. Ello resulta plausible si tenemos en cuenta que el 73% de los cuidadores informales no realizan una actividad retribuida.

En relación con la tramitación del convenio especial, hemos de tener en cuenta que, con carácter general, un convenio especial con la Seguridad Social sólo puede promoverse a instancia de parte interesada, sin que sea posible la iniciación de este procedimiento de oficio. Con respecto al plazo de solicitud, nada dice el RD 615/2007 al respecto, por lo que ha de entenderse aplicable la regulación general que establece la Orden TAS/2865/2003, de acuerdo a la cual la solicitud del convenio puede presentarse en cualquier momento (art. 3.1).

El convenio especial es un acto administrativo, pues no basta la mera solicitud del interesado, sino que es preciso el reconocimiento por parte de la TGSS. En efecto, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la solicitud, la TGSS debe notificar la procedencia o improcedencia del convenio especial, entendiéndose la falta de resolución expresa como estimación por silencio administrativo (DA 25ª LGSS). La actividad de la TGSS se centra en verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos y en comprobar que la documentación que se acompaña permite acreditar la procedencia del convenio especial.

El convenio debe suscribirse entre el interesado y la TGSS dentro de los tres meses siguientes a la notificación de su procedencia, caducando el procedimiento si transcurre dicho plazo sin firmar por causa imputable a éste.

2.2.5.4. Cotización durante la suscripción del convenio

Base de cotización. - Según lo establecido en el 4.1 RD 615/2007, la base de cotización en el convenio especial de cuidadores no profesionales será el tope mínimo que, en cada momento, esté establecido en el RGSS. Esta regla general presenta, no obstante, las cuatro excepciones que a continuación se relacionan:

a) Cuando los cuidados a la persona en situación de dependencia no alcancen la dedicación completa, la base mínima de cotización se reducirá proporcionalmente, con el límite del 50% de dicha base (art. 4.1 RD 615/2007). A estos efectos, se entiende que los cuidados alcanzan la dedicación completa cuando se presten durante 40 horas semanales (art. 28.2 Orden TAS/2865/2003), lo que va a plantear numerosos problemas de aplicación práctica. Cuando los cuidados a la persona en situación de dependencia no alcancen tal dedicación, se aplicarán las reglas previstas para los trabajadores a tiempo parcial con respecto al acceso y al cálculo de las correspondientes prestaciones económicas (DA 1ª RD 615/2007).

b) Cuando el cuidador haya interrumpido su actividad profesional, por cuenta propia o ajena, por la que hubiera estado incluido en el sistema de la Seguridad Social, a fin de dedicarse a la atención de la persona dependiente, podrá mantener la base por la que venía cotizando cuando se encontraba en activo, siempre que la misma sea superior al tope mínimo (art. 4.2 RD 615/2007). Esta excepción exige una breve aclaración: Ya vimos que la prestación económica para cuidados en el entorno familiar exige su preexistencia y que la posibilidad de suscribir el convenio especial se condiciona al previo reconocimiento de la prestación económica. El cuidado en el entorno familiar de la persona en situación de dependencia ha de ser necesariamente previo a la solicitud del convenio. Si la asunción de dichas tareas de cuidado determinó el abandono del mercado de trabajo es muy probable que el lapso de tiempo que medie entre el cese en la actividad y la suscripción del convenio sea largo; de ahí que el propio precepto tome como referente la base de cotización del último

ejercicio en dicha actividad, y de ahí que se permita la actualización de la base “*en los mismo términos que el tope mínimo*” (entendemos que durante el lapso de tiempo citado).

c) Cuando el cuidador haya reducido su jornada de trabajo para dedicarse a la atención de la persona en situación de dependencia, ya hemos apuntado que el convenio especial tiene por finalidad el mantenimiento de las bases de cotización, por lo que, en tales casos, cabe la posibilidad de seguir cotizando por las bases que correspondieran si la reducción de jornada no se hubiera producido. Lo que no queda muy claro es si es posible cotizar por una base intermedia. Entendemos que sí pues, de conformidad con lo previsto en el art. 4.2 RD 615/2007, la suma de la base de cotización del cuidador no profesional, en función de la actividad laboral realizada, y la base mínima de cotización, no podrá superar a la base por la que se venía cotizando antes de la reducción de jornada y la correspondiente reducción de la retribución, lo que viene a establecer únicamente un suelo (la base mínima) y un techo (la base por la que se venía cotizando), dentro de cuyos márgenes parece aceptarse la elección de una base intermedia. De superarse este límite fijado por el legislador, se procedería a reducir la base de cotización aplicable en el convenio, aunque diera como resultado una base inferior al 50% del tope mínimo⁵⁹.

d) Por último, cuando la suscripción del convenio especial de cuidadores no profesionales hubiera supuesto la extinción de otro convenio anterior, el interesado puede igualmente mantener la base por la que venía cotizando. Con ello se evita el perjuicio que podría derivarse del carácter obligatorio del convenio especial de cuidadores no profesionales para quienes, a través del mecanismo de asimilación al alta, ya se encuentran dentro del ámbito de protección del sistema, pues hemos de tener en cuenta que, de no preverse esta excepción, el suscriptor pasaría de cotizar por una base libremente elegida en aplicación del art. 6.2 Orden TAS/2865/2003, a hacerlo por una base impuesta que se corresponde además con la base mínima de cotización.

Tipo de cotización. A la base de cotización resultante, se le aplicará el tipo único de cotización vigente en cada momento en el Régimen General; tipo que para este año 2010 asciende al 28,30% [art. 129.Dos.2.a)

⁵⁹ MOLINA NAVARRETE, C., “El régimen “cuasi-profesional” de los cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar...”, ob. cit., p. 64.

Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010].

Cuota final a ingresar: El importe resultante se reducirá mediante la aplicación del coeficiente⁶⁰ que determine el Ministerio de Trabajo, siendo el resultado la cuota a ingresar a la Seguridad Social. Durante el año 2010, se aplicará un coeficiente del 0,77 de acuerdo con lo previsto en el art. 22.1.h) Orden TIN/25/2010⁶¹, de forma que la cuota a ingresar en dicho período asciende a 161,01 €⁶².

De esta cuota se reducirá la parte que corresponda a la cotización por jubilación, cuando el suscriptor del convenio sea un trabajador desempleado que se encuentre percibiendo el subsidio por desempleo con derecho a cotización por tal contingencia (art. 28.3 Orden TAS/2865/2003). Ya vimos que, durante la percepción de la prestación contributiva por desempleo, el cuidador no tiene obligación de suscribir el convenio especial con la Seguridad Social, pues ya se encuentra encuadrado en el sistema, al considerarse –como vimos– situación asimilada al alta y al mantenerse la cotización por parte de la entidad gestora. Pero durante la percepción del subsidio no contributivo por desempleo, por el contrario, la entidad gestora no tiene obligación de cotizar, salvo que se trate del subsidio para mayores de 52 años, en cuyo caso se cotiza por la contingencia de jubilación (art. 128.1 LGSS), tomando como base de cotización el 125% del tope mínimo. Precisamente por ello, si el cuidador informal se encuentra percibiendo este subsidio, se deducirá de la cuota del convenio especial la parte correspondiente a la cotización por jubilación, que ya está siendo asumida por la entidad gestora.

A la cuota final hay que añadir la cotización específica por formación profesional; cuota que es el resultado de aplicar un tipo del 0,20% sobre la base mínima de cotización que en cada momento esté establecida en el RGSS [art. 22.1.h) Orden TIN/25/2010, en relación con el art. 4.1 RD 615/2007) y cuyo importe representa, durante este año 2010, 1,48 €.

⁶⁰ Los coeficientes reductores se aplican en función de cuál sea la protección dispensada por el convenio especial y se fijan anualmente por el Ministerio de Trabajo en la orden de cotización (art. 62.2 y 71 RD 2064/1995).

⁶¹ Orden TIN/25/2010, de 12 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

⁶² Base mínima de cotización x Tipo único de cotización x Coeficiente reductor = 738,90 € x 28,38% x 0,77 = 161,01 €.

Sujeto responsable del pago. El importe de la cuota de Seguridad social, así como el de la cuota por formación, es asumida directamente por la Administración General del Estado (arts. 2.4 RD 614/2007⁶³ y 4.5 RD 615/2007); en concreto, será abonada por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) a la Tesorería General de la Seguridad Social (DA única RD 374/2010). Representa ésta otra particularidad que separa el régimen especial de este concreto convenio de la regulación prevista con carácter general, pues es una norma común que el importe de las cuotas sea asumido por el propio suscriptor del acuerdo. No obstante lo anterior, cuando la base de cotización sea superior a la mínima, correrá por cuenta del cuidador el importe de la cuota que se corresponda por la diferencia entre el tope mínimo y la base de cotización elegida.

2.2.5.5. Efectos de la suscripción del convenio: Situaciones cubiertas, alcance y fecha de efectos

Situaciones cubiertas. La tutela que se deriva de la suscripción del convenio alcanza únicamente las prestaciones de jubilación, de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia (art. 3 RD 615/2007), confiriendo al cuidador informal idéntica protección que la prevista en la regulación común de esta institución jurídica (art. 9 Orden TAS/2865/2003). No se protege, sin embargo, frente a los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, lo que tiene lógica si tenemos en cuenta que tales prestaciones vienen a sustituir los ingresos que se pierden con motivo de la suspensión del contrato de trabajo por tales causas. Si el trabajador no desarrolla una actividad profesional y, como consecuencia de ello, no obtiene ingreso alguno, no tiene sentido que el convenio especial amplíe su ámbito de cobertura a tales situaciones⁶⁴. Parte de la doctrina ha criticado esta regulación, al situar al cuidador en una cierta desprotección pues, con motivo de la actualización de tales

⁶³ RD 614/2007, de 11 de mayo, por el que se regula el nivel mínimo de protección del sistema para la autonomía y atención a la dependencia garantizado por la Administración General del Estado (BOE 12-5-2007, nº 114).

⁶⁴ PANIZO ROBLES, J. A., “El aseguramiento voluntario en el sistema de la Seguridad Social (la nueva regulación del convenio especial)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, nº 49, p. 92.

contingencias –maternidad, paternidad, incapacidad temporal– vería dificultada o impedida su tarea de cuidado. No obstante, es necesario poner en relación el art. 3 RD 615/2007, por el que se regula la acción protectora del convenio especial para cuidadores no profesionales, con el art. 25.3 Ley 39/2006, que reconoce el servicio de atención residencial durante la enfermedad del cuidador no profesional. Lo que sí sería necesario es hacer extensivo este derecho no sólo en los supuestos de enfermedad, sino también cuando con ocasión del embarazo, el parto o el puerperio, el cuidador no puede asumir las funciones de cuidado.

En aplicación del ya citado art. 3 RD 615/2007, queda igualmente excluida la protección por desempleo y por el Fondo de Garantía Salarial. Sin embargo, y aun cuando nada diga el precepto, sí que quedaría cubierta la protección por formación profesional y ello porque el Consejo Territorial debe promover acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporen programas de formación (art. 18.4 Ley 39/2006), para cuya financiación se cotizará por formación profesional durante la vigencia del convenio especial en una cuantía equivalente al 0,20% de la base (art. 4.4 RD 615/2007).

Por otro lado, conviene destacar que el convenio especial de cuidadores no profesionales protege frente a las citadas situaciones de necesidad con independencia de cuál haya sido el riesgo causante o, dicho de otro modo, con independencia de que deriven de una contingencia profesional o común (art. 3 RD 615/2007). No cabe duda de que sorprende una regulación que protege frente a las contingencias profesionales a quien no desempeña una actividad de tal carácter, partiendo además de que el régimen común del convenio especial únicamente cubre las contingencias comunes (arts. 1.2 y 9.1 Orden TAS/2865/2003) y del hecho de que, durante el convenio especial para cuidadores no profesionales, no se cotiza por contingencias profesionales. ¿Cuál es el alcance de tal previsión? Las interpretaciones posibles son varias: En primer lugar, podría entenderse que la cobertura de los riesgos profesionales únicamente se extiende a quienes se encuentran efectivamente desempeñando una actividad profesional, en la medida en que la suscripción del convenio es compatible con el desempeño de un trabajo con jornada reducida. En segundo lugar, podría entenderse que se protege frente a las secuelas que, derivándose de un previo accidente de trabajo o de una enfermedad profesional contraída con anterioridad, emergen cuando el cuidador ya se encuentra inactivo. La última interpretación posible

—y parece que acertada— es entender que el legislador ha pretendido proteger frente a los riesgos inherentes a la tarea de cuidado, como si de riesgos profesionales se tratara⁶⁵.

Efectos de la suscripción. La suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social facilita el acceso a la protección del sistema y mejora la cuantía de las prestaciones porque, en primer lugar, el suscriptor del acuerdo se encontraría en una situación asimilada al alta y, en consecuencia, cumpliría el requisito exigido con carácter general en el art. 124.1 LGSS; y, en segundo lugar, porque durante el período de tiempo por el que se prolonga el convenio, se inicia o se mantiene la cotización al sistema por lo que se facilita el cumplimiento del segundo requisito general de acreditar un determinado período de carencia.

Por otro lado, la suscripción del convenio especial mejora la cuantía de las prestaciones por la incidencia que tienen las cotizaciones en el cálculo de la base reguladora y en la determinación del porcentaje aplicable. Por lo que se refiere a este último, el acuerdo del suscriptor del convenio con la TGSS mejora la cuantía de las prestaciones por jubilación y por incapacidad permanente, en la medida en que ambas prestaciones se calculan en función de la carrera de seguro del beneficiario. Con respecto a la base de cotización y su repercusión en la intensidad de la acción protectora, la suscripción del convenio especial únicamente mejoraría la cuantía de las prestaciones en los supuestos en que el cuidador haya optado por mantener la base de cotización y, en su virtud, haya decidido asumir la cuota correspondiente a una base de cotización superior a la mínima. Para el resto de supuestos, la suscripción del convenio no implica mejora alguna, pues —al margen del convenio— operaría la integración de lagunas que cubre el período sin cotización precisamente con el importe de la base mínima (arts. 140.4 y 162.1 LGSS); si bien es cierto que dicho mecanismo no resulta aplicable a las prestaciones por muerte y supervivencia.

La fecha de efectos del convenio especial. De conformidad con lo previsto en el art. 28.1 Orden TAS/2865/2003, el convenio especial surtirá efectos desde el mismo día que la prestación para cuidados familiares, de acuerdo con la resolución que la haya reconocido, y siempre y cuando el cuidador reúna las condiciones exigidas en los arts. 1 y 2

⁶⁵ Apoyando esta última tesis, MOLINA NAVARRETE, C. “El régimen “cuasi-profesional” de los cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar...”, ob. cit., p. 64.

RD 615/2007, para su encuadramiento. Ahora bien, cuando el cuidador que ha estado incluido en alguno de los supuestos de exclusión, deviene obligado de forma sobrevenida a suscribir el convenio especial, la fecha de efectos se determina con arreglo a lo dispuesto en el art. 5.2 Orden TAS/2865/2003. Resulta por ello de aplicación subsidiaria la norma común, según la cual la fecha de efectos del acuerdo depende del momento en que se haya cursado su solicitud: Así, cuando la solicitud se presenta en los noventa días siguientes a la fecha del cese en la actividad o en la situación que determine la baja en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social, el convenio surtirá efectos desde entonces. Por el contrario, si la solicitud se presenta una vez transcurrido este plazo de noventa días, el convenio surte efectos desde el día de la presentación de la solicitud.

2.2.5.6. Extinción del convenio especial

El convenio especial de cuidadores no profesionales se extingue por las causas generales, relacionadas en el art. 10.2 Orden TAS/2865/2003, a excepción de las recogidas en sus párrafos c) y e), que se refieren, respectivamente, a la falta de abono de cuotas (lo que tiene plena lógica, partiendo de que la persona responsable de dicha obligación es la propia Administración Pública) y a la decisión del interesado, dado el carácter obligatorio de esta concreta modalidad de convenio especial.

Al margen de lo anterior, son causas específicas de extinción de este convenio especial las siguientes:

- Cuando el cuidador deje de prestar sus servicios como tal, dentro de cuya causa habría que entender incluido el fallecimiento de la persona en situación de dependencia.
- Cuando se extinga la prestación económica para cuidados familiares.
- Cuando el cuidador deje de reunir las condiciones y requisitos establecidos por el legislador.
- Cuando el cuidador tenga 65 o más años y adquiera la condición de titular de una pensión de viudedad o en favor de familiares.

2.3. El asistente personal como mecanismo de integración en la sociedad y de fomento de una vida autónoma

El asistente personal es una figura de apoyo a la persona con discapacidad que le ayuda a realizar las funciones que aquel no puede desarrollar por sí mismo, al objeto de favorecer su autonomía y su participación en la sociedad. El objetivo no es que el asistente personal supla la voluntad de la persona con discapacidad, sino que colabore para que ésta pueda llevarse a cabo, convirtiéndose, por ejemplo, en los ojos de un invidente o en las manos de una persona con paraplejia.⁶⁶ Con el apoyo de un asistente, la persona tetrapléjica puede acudir regularmente al trabajo, salir de vacaciones o ir a buscar a sus hijos al colegio. En algunos países, como Alemania y Dinamarca, existe incluso la figura del asistente sexual que ayuda a la persona en situación de dependencia en las actividades relacionadas con las relaciones sexuales.

El perfil profesional del asistente va a venir determinado, por lo expuesto, por cuáles sean las necesidades de la persona en situación de dependencia: en algunos casos, el asistente deberá disponer de carné de conducir; en otros, tendrá que dominar el lenguaje de signos; en otros, le bastará saber desenvolverse en las tareas del hogar, etc. Pero, sobre todo, lo más importante, es su capacidad de empatizar con la persona a la que asiste.

La figura del asistente personal aparece por primera vez en el panorama español, a raíz de su incorporación a la Ley 39/2006, a pesar de ser muy conocida en Estados Unidos y en varios países de Europa desde hace varias décadas⁶⁷. Y su implantación en nuestro país es todavía incipiente: A 31 de marzo de 2010, 466.415 personas tienen reconocido el grado III de dependencia y, en consecuencia, la condición de gran dependiente, y

⁶⁶ RODRIGUEZ-PICAVEA, A., ROMANNACH, J., *Consideraciones sobre la figura del asistente personal en el proyecto de Ley de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Foro de vida independiente, 2006. Por el contrario, GONZALEZ DE PATTO, R. M., “Las prestaciones económicas a las personas en situaciones de dependencia”, *Temas Laborales*, 2007, num. 89, p. 231 deduce de la definición legal que el asistente personal asume cuidados especiales de orden sanitario, técnico y psicosocial, educativo y sociocultural, por lo que ha de tratarse de “profesionales específica y altamente cualificados”. En el mismo sentido: AA.VV, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia...*, ob. cit., p. 338.

⁶⁷ ROMANACH CABRERO, J., *La Asistencia Personal como herramienta para toda la diversidad funcional a cualquier edad*. Foro de vida independiente, año 2006.

de ellas, sólo 698 (un 0,15%) son beneficiarias de la prestación económica de asistencia personal, llamando la atención la especial concienciación en el País Vasco sobre el papel del asistente, donde se han reconocido 540 prestaciones (un 77,36% del total).

La Ley 39/2006 reconoce la posibilidad de que las personas con gran dependencia reciban una prestación económica de asistencia personalizada, entendiendo ésta como el *“servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal”* (art. 2.7).

Por su parte, el art. 19 Ley 39/2006 define esta prestación económica como aquella cuyo objetivo es *“contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria”*. Se trata, por lo expuesto, de una prestación económica vinculada a la efectiva contratación del asistente, pero que no garantiza un derecho a una asistencia personal, sino que contribuye a asumir el gasto de contratación sin pretender, en ningún caso, cubrirlo. Precisamente por ello, esta prestación se ha definido por la doctrina como mera *“aportación parcial, colaboración o ayuda al gasto que significa la contratación del asistente”*.⁶⁸

Aun cuando no hay un pronunciamiento específico de la ley acerca de la naturaleza del asistente personal, la propia finalidad de la prestación (*“contribuir a la contratación de una asistencia personal”*) introduce un elemento de profesionalización que parece excluir a los familiares del modelo de asistente personal⁶⁹. Del propio art. 19 Ley 39/2006 se deduce con claridad que el asistente será contratado por la persona en situación de dependencia y tendrá, por tanto, la condición de trabajador: un trabajador que prestará sus servicios de forma dependiente, en el caso de constituirse una relación laboral, o de forma autónoma, de ser otra la naturaleza del vínculo constituido⁷⁰.

A falta de una regulación específica, la contratación de un asistente personal podría encontrar encaje en la relación laboral especial del ser-

⁶⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006”, *Temas Laborales*, 2007, num. 89, p. 314.

⁶⁹ Ídem, p. 300.

⁷⁰ AA.VV., *La protección jurídica de las situaciones de dependencia...*, ob. cit., p. 339.

vicio de hogar familiar, pues el art. 1 RD 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar⁷¹, prevé como objeto de esta relación no sólo la realización de tareas domésticas, sino también “*el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio, así como los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas*”. No obstante, no parece que sea ésa la voluntad del legislador, pues es necesario poner en conexión este precepto con la DF 1ª RD 615/2007, por la que se añade un nuevo párrafo d) al art. 3.1 D. 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de Empleados de Hogar⁷², en virtud del cual están excluidos de este régimen los trabajadores dedicados a la asistencia personal, en los términos regulados en el art. 19 Ley 39/2006, aunque los cuidados se lleven a cabo en el domicilio de la persona dependiente. Por lo tanto, y partiendo de que el encuadramiento en la Seguridad Social de los trabajadores dedicados a la asistencia personal de los grandes dependientes se regirá por lo dispuesto en las normas de Seguridad Social que resulten de aplicación (DA 3ª RD 615/2007), el asistente estará encuadrado en Régimen General –de ser trabajador por cuenta ajena de la persona en situación de dependencia– o en el Régimen de Autónomos –de ser un profesional por cuenta propia.

¿Qué requisitos son necesarios para poder lucrar esta prestación? De acuerdo a los arts. 14 y 19 Ley 39/2006, únicamente las personas con gran dependencia podrán recibir una prestación de asistencia personalizada. Las demás condiciones de acceso deberán ser establecidas por acuerdo del Consejo Territorial, que todavía no se ha producido. La asistencia personal es una valiosísima herramienta para asegurar a todas las personas en situación de dependencia la integración en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás, por lo que la restricción del legislador denota una concepción errónea de los principios de los que mana la figura del asistente personal⁷³. En el anteproyecto de ley, la prestación económica de asistencia personalizada se reservaba para las personas con gran dependencia, menores de 65 años. Esta técnica excluyente obedecía a

⁷¹ BOE 13-8-1985, nº 193.

⁷² BOE 15-10-1969, nº 247.

⁷³ RODRIGUEZ-PICAVEA, A. y ROMANNACH, J., *Consideraciones sobre la figura del asistente personal en el proyecto de Ley de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, ob. cit., p. 13.

una lógica política, pues las estadísticas ponen de manifiesto que la gran dependencia se concentra fundamentalmente entre los mayores de dicha edad. La supresión de este límite, en la redacción definitiva del precepto, ha de ser acogida de forma positiva; máxime si tenemos en cuenta que las personas mayores de 65 años tienen vedado el acceso a la pensión por incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y, en consecuencia, carecen del derecho al complemento por gran invalidez.

Por lo que respecta al alcance de la prestación, es necesario indicar que, desde un punto de vista funcional, la figura del asistente se prevé con la finalidad de facilitar al beneficiario *“el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria”* (art. 19 Ley 39/2006). El problema al que nos enfrentamos, a este respecto, es que la Convención Internacional parte de una visión mucho más amplia del papel del asistente personal. En efecto, de acuerdo a lo previsto en el art. 19.b) de la Convención, los estados partes deberán asegurar a las personas con discapacidad el acceso a una variedad de servicios, entre los que se encuentra la asistencia personal *“que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento y su separación de ésta”*. Como se aprecia con facilidad, la finalidad de la prestación en nuestro ordenamiento interno, no da respuesta al compromiso que España ha asumido al ratificar la Convención Internacional pues, como hemos visto, la figura del asistente se acota a facilitar el acceso a la educación y al trabajo y a ejercer las actividades básicas de la vida diaria.

Sí que puede defenderse que la prestación económica para asistencia personal, tal y cómo se ha configurado por la Ley 39/2006, cumple el objetivo marcado por la Convención de facilitar la existencia de la persona en situación de dependencia, al incluir entre sus fines el de asistir al dependiente en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria, dado que éstas se definen como las tareas más elementales de la persona, como aquellas que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas (art. 2.3 Ley 39/2006). Pero no parece que, con ello, se asegure su inclusión en la sociedad y se evite su aislamiento y su separación de ésta, y ello aun cuando es cierto que el empleo y la educación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades, y contribuyen decisivamente a

la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal⁷⁴.

El RD 374/2010 ha fijado, para este año, la cuantía máxima mensual de la prestación económica de asistencia personal que corresponde a las personas con gran dependencia, y que asciende a 833,96 € mensuales para las personas que tienen reconocido un III grado, nivel 1 y a 625,47 € para el nivel 2.

Convendría que el futuro desarrollo reglamentario del art. 19 Ley 39/2006 configurara la relación jurídica que vincula al asistente con la persona dependiente como una relación laboral de carácter especial, partiendo de que se trata de un vínculo basado, fundamentalmente, en la confianza (lo que deberá tener una clara incidencia en las causas y las condiciones de extinción del contrato), y que en ella se recojan determinadas particularidades como bonificaciones en las cuotas, o como la obligación empresarial de permitir y facilitar la tarea integradora del asistente personal en el centro de trabajo (de forma similar a la prevista en el art. 6.2 RD 870/2007⁷⁵ en relación con el preparador laboral que interviene en los programas de empleo con apoyo).

⁷⁴ Considerando 9º de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOL 2-12-2000, nº 303.

⁷⁵ REAL DECRETO 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo (BOE 14-7-2007, nº 168).